Encyclopedia of Economic law Journal, 29: 21, 2022

A Supportive Approach to Third-Party Financing in Arbitration International Investment

Seyed Sadegh Ebrahimi[1]
PhD student in Public International Law, Zanjan Branch
Dr peyman bolori[2]
Assistant Professor of International Law, Islamic Azad University, Zanjan Branch
Dr mohammad ali solh chi[3]
Associate Professor, Department of Public International Law, Allameh Tabatabai University, Tehran
Dr mohammad bagher ghorbanvand[4]
Assistant Professor of Law, Islamic Azad University, Zanjan Branch

Received 2021/12/31 Accepted 2022/06/18

ABSTRACT

The TPF funder is an investor in a monetary claim lodged before a court or arbitral tribunal. By involving a TPF funder, a claimant may attract the necessary resources and expertise in litigating or arbitrating the claim. In return, the TPF funder is promised a part of the proceeds if the claim is successful. If the claim fails, the TPF funder, rather than the claimant, bears the expenses involved in the litigation or arbitration

Against this background, this report posits that cost-shifting rules in investment arbitration could be made more predictable by introducing standardization in the assessment of such costs and a system of advance deposits for potential cost orders

---

1- ebrahimi8171@gmail.com
2- Bolori.p@gmail.com
3- solhchi@yahoo.com
4- studeys@yahoo.com

INTRODUCTION

Investment arbitration is a peculiar mixture of features from classical commercial arbitration, public (international) adjudication, and domestic court procedure. Generally, investment arbitration involves a sovereign host state (the recipient of international investment), which is the respondent in the arbitration procedure. Typically, the claimant is a foreign private investor who challenges acts and measures of the sovereign that somehow detrimented the investor's interests (for example, nationalization and expropriation). The object of the investor's claim is mostly obtaining compensatory damages for harm caused by the state's alleged breach of the applicable standards of review.

In investment arbitration, the jurisdictional basis may be different. It tends to be based in the underlying investment treaty. Depending on the specific treaty at hand, the investor may state a claim pursuant to the UNCITRAL rules, ICSID rules, ICSID Additional Facility Rules or a generic ad-hoc arbitration structure. In typical operation for various BITs, the recipient state generally consents generally in advance to compulsory dispute arbitration with foreign investors as a group, rather than as a specific and nominated counterpart. In investment arbitration, the jurisdictional basis may be different. It tends to be based in the underlying investment treaty. Depending on the specific treaty at hand, the investor may state a claim pursuant to the UNCITRAL rules, ICSID rules, ICSID Additional Facility Rules or a generic ad-hoc arbitration structure. In typical operation for various BITs, the recipient state generally consents generally in advance to compulsory dispute arbitration with foreign investors as a group, rather than as a specific and nominated counterpart.

a third-party funder includes any person or entity who pro-vides monetary support to a party involved in an actual or potential dispute, with a view to obtaining a return on the original monetary investment.1 Third-party funding can be, and is, provided in all types of disputes across many different jurisdictions. Yet, despite its prevalence, there is currently no provi-sion in arbitration institutional rules explicitly defining third-party funding.

The first entity to promulgate guidelines regarding third-party funding was the IBA in its Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration, last revised in 2014.6 The IBA centers its definition of a third-party funder on the funder's "direct economic interest in the award… in addition, the IBA guidelines also place a duty on parties to disclose the identity of their third –party funder to the arbitral tribunal.

PURPOSE

Third_ party funding has gaind increased visibility and understanding globally' as evidenced through' on the one hand' the growing tolerance of its use by courts and tribunals across different jurisdictions and through the enactment of legislation' on the other. Such regulation is applicable in international arbitration to the extent that the seat of arbitration chooses to apply its domestic laws to international arbitrations seates there' like in Hong Kong and Singapore. In addition' it is possible that a domestic court deciding whether to recognize' confirm' enforce' or vacate an international arbitration award many apply its own laws on third _ party funding to enforance its domestic public policy in accordance with Article v of the new York Convention

These types of investments can be made to support any or all of the jurisdition' merits' or enforecement phases of an award' paoviding flexibility to both a claimant and the third _ party funder. This investment is made on a nonrecourse basis' meaning that the claimant has no obligation to reimburse the third _ party funder if the claim is unsuccessful.

METHODOLOGY

This study is applied in terms of purpose and descriptive-analytical in terms of methodology and nature. The necessary data and statistics were collected by library method.

FINDING

Concerning the rules on shifting legal costs of the prevailing party, in

default of choice the law of the seat of the arbitration (lex arbitri) is decisive.80 In European commercial arbitration, the English rule (also known as the “costs follow the event” rule81)

This is a full shift on an indemnity basis of both the prevailing party solicitors’ and arbitrators’ legal fees. In more diluted forms, in ordinary court procedure in some jurisdictions (such as Germany), the costs of the prevailing party are shifted to the losing party according to a fixed tariff and/or a percentage proportional to the claim

By contrast, the U.S. commercial arbitration system tends to build on the “American rule,” meaning that every party bears its own legal costs, although parties may agree otherwise. Likewise, public international law litigation resembles the American rule. In conclusion, the models for cost shifting can be summarized as follows:

• English rule Loser pays both own expenses and all costs of the opponent, insofar as these adverse costs are deemed reasonable by the arbitral tribunal

• American rule Each party bears own costs • German rule Loser pays both own costs and those of the opponent, according to a fixed tariff and/or a fixed percentage, proportional to the claim

No such predictability exists. In international investment arbitration, the English and the American rules are used alternately. A definite trend favoring one or the other has not yet emerged.

CONCLUSION

Recent deveiopments and changes in domestic regulations continue to bring third – party funding to the forefront of international arbitration’ generally’and investment arbitration’ in particular. Third – party funding has graduated from a new funding mechanism to a widespread financing tool used in international arbitration. Third party funding of claimants in investment arbitration brings to light challenges inherent in the design of the investment arbitration system that will soon need to be addressed.

Although there is little empirical data on the behavioral implications of TPF involvement, there is a strand of research on the behavioral influence of various remuneration methods in civil litigation. Based on available

empirical research, these influences of the TPF arrangement on the behavior of the involved parties seem plausible: A TPF funder will be (more) likely to • Emph A TPF funder will be (more) likely to • Emphasize the risk of (partially) losing the case or not fully disclosing the chances of success • Merely take on highly meritorious claims • Prefer to take on higher-value cases, and therefore perform a focused risk assessment in accepting the claimant's case by optimizing due-diligence efforts to minimize adverse selection and moral hazard,• gaining access to information held by the claimant essential for the assessment of the viability of the claim, and avoiding mistakes by inserting clauses in the TPF contract shifting associated risks of withheld information to the claimant • Try to keep the TPF arrangement undisclosed and confidential if there is uncertainty of the effect of disclosure on the court/arbitrators decision concerning both substantive issues such as quantum of damages, causation, contributory negligence, and procedural issues such as cost-shifting orders • Want to control the litigation strategy if it feels that either claimant or their counsel is not applying an appropriate strategy • Monitor and control cost of legal counsel (probably strongest under the American rule, slightly less strong under the German rule, and weakest under the English rule) Claimant will be (more) likely to • Weigh costs and benefits of litigation more consciously before deciding to take out a TPF • Have incentive not to disclose to the funder information that would diminish the chances of acceptance of the case Respondent will be (more) likely to • Settle with claimant for a higher amount if they know the claimant has resources to pursue litigation (TPF as leverage) • Try to establish if there are inappropriate liaisons between the TPF and the arbitrators in order to challenge the latter

Reference

[1] Aren Goldsmith & Lorenzo Melchionda, The ICC's Guidance Note on Disclosure and Third - Party Funding: A Step in the Right Direction (2016), http://kluwerarbitrationblog.com (2016) the-iccs-guidance-note-on-disclosure-and third- party-funding-a-step-in-the-right–direction.

[2] Biloune & Marine Drive Complex Ltd. v. Ghana Inv. Center & Gov't

of Ghana, UNCITRAL Arbitration Proceeding, Award of Damages and Costs (1990), pp. 211- 223.

[3] Brabandere & Lepeltak, supra note 76, (2012). p 379.

[4] CAMPAIGN FOR TOBACCO - FREE KIDS, INTERNATIONAL: http: // global tobaccofreekids.org/en/about_us/trade_litigation_fund/; Sabrina Tavernise, New Global Fund to Help Countries Defend Smoking Laws, N.Y. TIMES (2015).

[5] Campbell McLachlan, Laurence Shore and Matthew Weiniger, *International Investment Arbitration - Substantive Principles*, Oxford: Oxford University Press (2007).

[6] Eric De Brabandere & Julia Lepeltak, Third - Party Funding in International Investment Arbitration. (2012). P 379- 382

[7] EU Vietnam FTA, Ch. 8. Ch. 11. V. Turkmenistan, ICSID Case No. ARB / 12/6, Procedural Order No. 3 (2015) .pp 2, 11.

[8] Free Trade Agreement between the European Union and the Socialist Republic of Vietnam [hereinafter EU - Vietnam FTA], Ch. 8, Ch. 11 (2016).

[9] Honlet, supra note 44, (2015) p 708.

[10] IBA Guidelines on Conflicts of Interest, 13-4 (General Standard 6 (b), commentary (b)), 15-6 (General Standard 7 (a), commentary (a)).

[11] ICC Commission on Arbitration and Alternative Dispute Resolution, Commission Report: Decisions on Costs in International Arbitration (2015). https://iccwbo.org/publication/decisions-on-costs-in-international-arbitration-icc arbitration-and- adr -commission -report /.

[12] International bar Association, Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration, (2014). Pp5-14

[13] International Court of Arbitration, Note to Parties and Arbitral Tribunals on the Conduct of Arbitration Under the ICC Rules of Arbitration 24 (Mar. 1, 2017), https: //cdn.icewbo .org / content / uploads / sites / 3 / 2017/03 / ICC - Note - to - Parties - and - Arbitral - Tribunals - on the - Conduct - of - Arbitration.pdf

[14] J.H. McLaughlin, 'Litigation Funding: Charting a Legal and Ethical Course', 31 *Vt. L.Rev.* (2007).

[15] Jean - Christophe Honlet, Recent decisions on third - party funding in investment arbitration, (2015).p30.

[16] John Y. Gotanda, 'Awarding Costs and Attorneys' Fees in International Commercial Arbitrations', 21 *Michigan Journal of International Law* (1999).

[17] Jonas von Goeler, case X v. Y and Z (2012), p126, 2 LE CAHIERS DE L'ARBITRAGE (2013).pp 399 -416

[18] Katia Yannaca-Small, *Arbitration under international investment agreements: a guide to the key issues*, New York: Oxford University Press (2010).

[19] Kilim Inset Inhalant Hirakata Sanai ve Ticaret Anonim Şirketi v Turkmenistan, 1CSID Case No. ARB / 10/1, (2013).

[20] Michael R. Bloomberg and Matthew L. Myers, http: //www.tobaccofreekids.org/press releases / post / 2016_07_08_uruguay. (2016)

[21] Muhammad Cap & Sehil Inşaat Industry and Trade Ltd. Sti. V. Turkmenistan, ICSID Case No. ARB / 12/6, Decision on Respondent's Objection to Jurisdiction under Article VII (2) of the Turkey Turkmenistan Bilateral Investment Treaty, 50 (2014) (quoting Procedural Order No. 2, (2015). p 10.

[22] Muhammet Çap & Sehil Inşaat Industustri ve Ticaret Ltd. Sti. V. Turkmenistan, ICSID Case No. ARB / 12/6, (2015).P2.

[23] Oxus Gold; Republic of Uzbekistan, UNCITRAL Arbitration Proceeding, Final Award (2015).

[24] Philip Morris Brands Sàrl et al. V. Oriental Republic of Uruguay.

[25] Pricewaterhouse Coopers, International Arbitration damages research: Closing the gap between claimants and respondents (2015), https://www.pwc.com/sg/en

[26] Quasar de Valores SICAV S.A. et al. v. Russian Federation, (2012).

[27] Quasar de Valores SICAV SA.et al. V. The Russian Federation, SCC Arbitration No.24/2007, Award of (20July 2012).

[28] ROGERS, James. CIETAC Hong Kong consults on draft guidelines on Third-Party Funding. *KluwerArbitration* [online]. © (2018) Kluwer

Law International, a Wolters Kluwer Company, published 13 August (2016), [cit. 5. 5. 2018]. Available at: http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2016/08/13/cietac-hong-kong-consultson-draftguidelinesonthirdpartyfunding/?_ga=2.194759534.2%E2%80%A6

[29] Rupert Jackson, *Review of Civil Litigation Costs - Preliminary Report*, London: (2009).

[30] S & T Oil Equipment & Machinery, Ltd. Et et al. v. Juridica Inv. Ltd. et al. , (2012) p 481.

[31] South Am. Silver Ltd. Plurinational of Bolivia, PCA Case No. 15. (2013) Claimant's Opposition to Bolivia's Request for Cautio Judicatum Solvi and Disclosure of Information. (2015). pp 38- 40

[32] Transatlantic Trade and Investment Partnership, European Commission proposed draft, ch. 11, pp 1- 8 (2015).

[33] VON GOELER, JONAS; THIRD - PARTY FUNDING IN INTERNATIONAL ARBITRATION AND ITS IMPACT ON PROCEDURE, (2016), p127.

رویکرد حمایتی تأمین مالی شخص ثالث در داوری سرمایه‌گذاری بین‌المللی

سید صادق ابراهیمی[۱]
دانشجوی دکتری حقوق بین‌الملل عمومی واحد زنجان
دکتر پیمان بلوری[۲]
استادیار گروه حقوق بین‌الملل دانشگاه آزاد اسلامی واحد زنجان
دکتر محمدعلی صلح چی[۳]
دانشیار گروه حقوق بین‌الملل عمومی دانشگاه علامه طباطبایی، تهران
دکتر محمدباقر قربانوند[٤]
دانشیار گروه حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد زنجان

تاریخ دریافت ۱۴۰۰/۱۰/۱۰ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۳/۲۸

چکیده

سرمایه‌گذار شخص ثالث کسی است که روی یک دعوی مالی در یک دادگاه یا حوزه داوری سرمایه‌گذاری می‌کند. با مشارکت سرمایه‌گذار شخص ثالث، مدعی می‌تواند از منابع و نیروی متخصص لازم برای پیگیری ادعای خود و شرکت در مرافعه یا داوری بهره‌مند شود و در عوض، سرمایه‌گذار در صورت موفقیت‌آمیز بودن ادعای خویش، بخشی از مبلغ خسارت را به دست خواهد آورد. مقاله پیش رو با استناد بر روش توصیفی تحلیلی اهمیت سرمایه‌گذاری شخص ثالث در سرمایه‌گذاری بین‌المللی را ارزیابی و مشخص می‌کند، مشارکت سرمایه‌گذار شخص ثالث نباید ضرر و خسارتی بر اقدامات داوری و یا

---

*- نوع مقاله: پژوهشی

1- ebrahimi8171@gmail.com
۲-نویسنده مسئول: Bolori.p@gmail.com
3- solhchi@yahoo.com
4- studeys@yahoo.com

موقعیت مدعی علیه وارد کند. درنهایت، وضع کنونی مقررات، دامنه افشاگری قراردادها، رسیدگی به سرمایه‌گذاری شخص ثالث توسط دادگاه‌های بین‌المللی سرمایه‌گذاری، تأثیر منابع مالی بر امنیت هزینه‌ها و برآوردهای مبالغ، و تأثیر سرمایه‌گذار شخص ثالث بر حل‌وفصل اختلافات، از موضوعاتی هستند که بررسی شده است.

کلیدواژه‌ها: سرمایه‌گذار شخص ثالث، داوری سرمایه‌گذاری بین‌المللی، افشاگری، هزینه.
طبقه‌بندی jEl : k33,k41,k4

۱. مقدمه

داوری سرمایه‌گذاری آمیزه‌ای از ویژگی‌های داوری تجاری کلاسیک، قضاوت بین‌المللی، و روند دادگاه داخلی را دارد. به‌طورکلی داوری سرمایه‌گذاری شامل دو طرف می‌شود: طرف پاسخگو یعنی دولت میزبان مستقل که (دریافت‌کننده سرمایه‌گذاری بین‌المللی) است، و مدعی یعنی سرمایه‌گذار خصوصی خارجی است که اقدامات و اعمال مستقلی را که به‌نوعی موجب ضرر و زیان به منافع تأمین‌کننده مالی می‌شود، رد می‌کند (مثل ملی شدن و سلب مالکیت). هدف از ادعای تأمین مالی در درجه اول کسب خسارت برای آسیب‌های ناشی از نقض تخلفات ادعا بر اثر نقض استانداردهای بررسی توسط دولت پاسخگو است.

در داوری سرمایه‌گذاری، مبنای حوزه قضایی ممکن است چیز دیگری باشد و معمولاً مبتنی بر معاهده سرمایه‌گذاری پایه است. بسته به معاهده خاص حاضر، سرمایه‌گذار ممکن است ادعایی مطابق با قوانین کمیسیون حقوق تجارت سازمان ملل متحد (UNCITRAL)، و یا قوانین مرکز بین‌المللی حل‌وفصل اختلافات سرمایه‌گذاری (ICSID) و یا یک نوع خاص از ساختار داوری موردی را مطرح کند. در مورد اکثر قراردادهای سرمایه‌گذاری دوجانبه (ب BIT)، دولت پاسخگو معمولاً به‌طورکلی و پیش از اجرای داوری اجباری، از شرکت در آن به‌عنوان طرف پاسخگو به سرمایه‌گذاران خارجی به‌عنوان یک گروه، و نه به‌عنوان یک رقیب مشخص، رضایت خود را اعلام می‌کند (یک نظریه جایگزین معتقد است که ترکیبی از رضایت کتبی قبلی دولت در معاهده (ب BIT) و رضایت کتبی سرمایه‌گذار در درخواست داوری، مبنای صلاحیت قضایی را فراهم می‌کند). *«بنابراین انتخاب گزینه داوری برای هر شخص حقیقی و حقوقی که شرایط و ضوابط را رعایت کند ممکن است. درنتیجه پای طبقه گسترده‌ای از مدعیان بالقوه که هویت آن‌ها*

در زمان توافق دولت شناخته نبود، به سیستم باز می‌شود.» (Herten 2007: 63)

۲. ویژگی‌های اصلی سرمایه‌گذار شخص ثالث در داوری سرمایه‌گذاری

سرمایه‌گذار شخص ثالث شامل هر شخص یا نهادی است که از طرفی که درگیر یک اختلاف حقیقی یا حقوقی است، پشتیبانی و حمایت می‌کند.

۱– سرمایه‌گذار شخص ثالث قادر است در انواع اختلافات در حوزه‌های قضایی مختلف حضور و آن را پشتیبانی کند.

۲–در حال حاضر، هیچ قانونی در قوانین سازمان داوری وجود ندارد که صریحاً سرمایه‌گذار شخص ثالث را تعریف کند.(Goldsmith et al: 2016)

مناظره‌هایی که توسط شورای بین‌المللی داوری تجاری و دانشگاه Queen Marry لندن برگزار شد، تصمیم گرفته شد کارگروه مشترکی تشکیل شود تا مشکل ارائه یک تعریف جامع از سرمایه‌گذار شخص ثالث را بررسی کند. نه‌تنها مراجع قضایی مختلف رویکردهای مختلف و درک متفاوتی از سرمایه‌گذار شخص ثالث دارند، بلکه نهادها، شامل کانون وکلای بین‌المللی (IBA)،[۱] اتاق بازرگانی بین‌المللی (ICC)، سازمان داوری[۲] و حل اختلاف و دادگاه داوری[۳]، نیز تعاریفی را انتخاب کرده‌اند که تفاوت‌های کوچکی با هم دارند.

اولین نهادی که قوانین مربوط به سرمایه‌گذار شخص ثالث را منتشر کرد، کانون وکلای بین‌المللی بود؛ این قوانین در تضاد با منافع سازمان داوری بین‌المللی بود، که آخرین بار در سال

۱– انجمن بین المللی وکلای دادگستری.

۲– کمیسیون ICC در داوری و حل و فصل اختلافات جایگزین.

۳– کمیسیون ICC در داوری و حل و فصل اختلافات جایگزین، نهاد قانونگذاری و تحقیق ICC در زمینه حل و فصل اختلافات بین المللی است. انجمن جهانی متشکل از بیش از ۶۹۰ عضو از کشورهای مختلف است و شامل وکلا، مشاوران داخلی، داوران، میانجیگران، اساتید حقوق و کارشناسان در زمینه‌های مختلف حل اختلاف است. این کمیسیون به چگونگی تأثیر رویه‌ها، سیاست‌ها و تحولات قانونی جدید بر داوری بین المللی و سایر خدمات حل اختلاف می‌پردازد. کمیسیون همچنین مسئول تدوین و بازنگری قوانین و بندهای حل اختلاف ICC است. دیوان بین المللی داوری ICC نظارت قضایی بر رویه‌های داوری اعمال می‌کند. هدف آن اطمینان از اجرای صحیح قوانین ICC و همچنین کمک به طرفین و داوران در غلبه بر موانع رویه‌ای است. این تلاش‌ها توسط دبیرخانه دیوان حمایت می‌شود.

۲۰۱۴ اصلاح شد.[۱] کانون وکلای بین‌المللی تعریف خود از سرمایه‌گذار شخص ثالث را به علاقه سرمایه‌گذاران بر سرمایه‌گذاری روی حکم (رأی)، متمرکز کرده است. مقررات کانون وکلای بین‌المللی، طرفین را موظف می‌کند که هویت سرمایه‌گذار شخص ثالث را فاش کنند.

در سال ۲۰۱۵ دومین نهادی که قوانین را تصریح کرد، سازمان داوری بود، که گزارشی تحت عنوان (تصمیمات در مورد هزینه‌های داوری بین‌المللی) منتشر کرد.[۲] این اصلاحیه سرمایه‌گذار شخص ثالث را به‌عنوان یک طرف مستقل تعریف می‌کند که بخشی از بودجه یا کل هزینه‌های یک طرف (معمولاً طرف شاکی و مدعی) از داوری را تأمین می‌کند، که معمولاً در صورت موفقیت در این داوری، هزینه‌ای را برای این موفقیت دریافت می‌کند. در این گزارش آمده است، این احتمال وجود دارد، اگر طرف مقابل که تأمین مالی نشده است، نتواند هزینه‌ها را جبران کند و در این پرونده پیروز شود؛ دادگاه در صورت لزوم می‌تواند دستور افشای اطلاعات را صادر کند.[۳]

طبق ابلاغ سازمان داوری و تحت قوانین اتاق بازرگانی بین‌المللی، در مورد داوری بیان می‌کند که سرمایه‌گذار شخص ثالث، نهادی است که دارای منافع اقتصادی مستقیم در یک قرارداد است، که در حکم دادگاه، خسارت‌های مالی یک طرف را جبران می‌کند.[۴]

۱-۲ انواع اسناد در سرمایه‌گذاری شخص ثالث

اسناد سرمایه‌گذاری شخص ثالث در حقوق بین‌الملل، به سندی اطلاق می‌شود که معمولاً متضمن مقررات مربوط به چگونگی اجرای یک موافقت‌نامه بین‌المللی یا برقراری یک نظام موقتی است. در سال‌های اخیر، سرمایه‌گذاران شخص ثالث درحال‌توسعه اسناد جدید و خدمات مالی نوآورانه برای همگام شدن با نیازهای روز افزون مشتریان خود و تغییر چهره داوری و حکمیت

۱- دستورالعمل IBA در مورد تضاد منافع.

۲- گزارش کمیسیون ICC

۳- بررسی جهانی قوانین مربوط به افشای بودجه شخص ثالث.

۴- رجوع کنید به:

Court of Arbitration, Note to Parties and Arbitral Tribunals on the Conduct of Arbitration Under the ICC Rules of Arbitration 24 (2017), https: //cdn.icewbo.org / content / uploads / sites / 3/ 2017/03 / ICC - Note - to - Parties - and - Arbitral - Tribunals - on the - Conduct - of - Arbitration

هستند. به‌طورکلی، متداول‌ترین انواع معاملات عبارتند از:

– سرمایه‌گذاری ثابت

– درآمدزایی از یک حکم

– سرمایه‌گذاری بر پایه اوراق بهادار

۱-۱-۲ سرمایه‌گذاری ثابت

یک سرمایه‌گذاری ثابت توسط سرمایه‌گذار شخص ثالث، شامل مقدار قابل‌توجهی از وجوه سرمایه‌گذاری شده است، و به‌طورمعمول با عنوان (مبلغ تخصیص‌یافته سرمایه‌گذار) تعریف می‌شود؛ زمانی که پرونده موفقیت‌آمیز باشد، مبلغ تخصیص‌یافته سرمایه‌گذار به همراه درصدی از سود آن مبلغ باید باز پرداخت شود.[۱] این نوع سرمایه‌گذاری، همچنین می‌تواند به شکل خرید سهام در شرکت طرف مدعی باشد.[۲] مبالغ ارائه شده، می‌تواند برای مقاصدی فراتر از تأمین هزینه‌های داوری، استفاده شود؛ برای مثال، برای فعال نگه‌داشتن شرکت طرف طلبکار در طول مدت داوری، بازپرداخت مدعیان، یا تأمین مالی طرف دیگر معامله، از این روش سرمایه‌گذاری استفاده کرد.

همچنین این نوع از سرمایه‌گذاری، می‌تواند برای حمایت از حوزه‌های قضایی، مراحل اجرای صدور حکم، اعتدال هر دو طرف معامله، و سرمایه‌گذار شخص ثالث انجام شود. این نوع سرمایه‌گذاری به‌صورت غیرقابل‌بازگشت انجام می‌شود، این بدین معناست که در صورت عدم موفقیت‌آمیز بودن حکم، طرف مدعی معامله هیچ تعهدی در قبال بازپرداخت به سرمایه‌گذار شخص ثالث ندارد.

۱- رجوع کنید به:

For example, the dissenting opinion of Dr. Kamal Hossain in Teinver v. Argentina sets out the terms of the funding agreement between the claimants and Burford Capital Limited. From any compensation paid to claimant, Burford Capital Limited would be entitled to receive "40% of the first $ 100 million [,] 30% of the net recovery amount between $ 100 million and $ 500 million [,] 25% of the net recovery amount between $ 500 million and $ 800 million [, and] 15% of the net recovery amount above $ 800 million. “See Teinver SA et al. V. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB / 09/1, Dissenting Opinion of Kamal Hossain, 20 (2017).

2- See, e.g., Press Release, Eco Oro Minerals Corp., Eco Oro Minerals Announces Investment by Tenor Capital (July 22, 2016), http://www.eco-oro.com/s/NewsReleases.asp? ReportID = 756943. See also Sebastian Perry, Claimant sells securities linked to ICSID Award, GLOBAL ARB. REV. (Oct. 28, 2011).

۲-۱-۲ درآمدزایی از یک حکم

اگر مطالبه موفقیت‌آمیز باشد و حکم صادر شود، مدعی ممکن است به دنبال فروش یا کسب درآمد از طریق آن حکم باشد.[۱] این ساختار معاملاتی، به‌خصوص در مواردی ناکارآمد است که مدعی سال‌ها منتظر مانده است تا به یک نتیجه مطلوب برسد و از زمان طولانی داوری متضرر شده است. درآمدزایی به مدعی این امکان را می‌دهد تا بدون ریسک‌پذیری در اجرای قانون و یا کنار گذاشتن روند داوری، از مزایای صدور حکم زودهنگام بهره‌مند شود. اگرچه مقداری از ارزش حکم کم می‌شود، مدعیان داوری، ممکن است که بتوانند در مدت‌زمان کوتاهی ارزش سود سرمایه خود را به دست آورند؛ نه اینکه پس از صدور حکم دادگاه منتظر بازپرداخت از طرف دیگر معامله باشند.

۳-۱-۲ سرمایه‌گذاری بر پایه اوراق بهادار

سرمایه‌گذاری بر پایه اوراق بهادار شرایط جذاب و منعطفی را برای مشاغل و تیم‌های حقوقی شرکت‌ها فراهم می‌کند، تا ریسک‌ها و هزینه‌های اضافی در دامنه وسیعی از مشکلات حقوقی کاهش پیدا کند. ساختارهای معاملاتی دامنه وسیعی را شامل می‌شود اما تأمین مالی داوری برای طرف مدعی و ریسک‌پذیری سرمایه‌گذار شخص ثالث در میان چندین داوری، از اصلی‌ترین آن‌ها است. امکان سرمایه‌گذاری بر پایه اوراق بهادار در اختیار دفاتر حقوقی است تا بتوانند در

۱- بیانیه مطبوعاتی، Owens - Illinois – (۲۰۱۷)، با بیان اینکه "یکی از شرکت‌های تابعه اروپایی حق، عنوان و سود خود را به مبلغ به شخص ثالث فروخته است. با توجه به رأی داوری خود علیه ونزوئلا، شرکت فرعی مبلغ ۱۱۵ میلیون دلار را به صورت نقدی دریافت کرده و بسته به بازپس گیری رأی، پتانسیل صعودی کمی را حفظ می‌کند. ودر صورتی که رأی به طور جزئی یا کامل باطل شود، شرکت فرعی ممکن است باطل شود. وملزم به بازپرداخت تا سقف کل مبلغ پرداختی نقدی به شخص ثالث است.

See, e.g., Press Release, Owens - Illinois, Inc., 01 - Reports Second Quarter 2017 Results (2017), http://www.oi.com/Newsroom/O-1-REPORTS-SECOND-QUARTER-2017 RESULTS: -Continued - strong - business - performance - and- favorable - non - operational tailwinds - drive - 2017 - earnings - guidance - higher / (stating "a European subsidiary of the Company sold to a third party its right, title and interest in amounts due under its arbitration award against Venezuela. Consideration, the subsidiary received a cash payment of $ 115 million, and retains a modest potential upside depending upon recovery of the award. In the event the award is partially or completely annulled, the subsidiary may be required to repay up to the entire amount of the cash payment to the third party. ").

زمانی که ریسک اسناد مشروط و امور پر خطر را پذیرفته‌اند؛ مجموعه‌ای از داوری‌ها را تأمین مالی کنند، یا ریسک کاهش مجموع دارایی به‌صورت اوراق بهادار را کاهش بدهند.[۱] در این نوع اسناد، هزینه‌ای به دفاتر حقوقی پرداخت نمی‌شود، یا درصد کمتری از حق‌الزحمه و کارمزد به آن‌ها پرداخت می‌شود؛ اما زمانی که حکم موفقیت‌آمیز باشد، در این صورت ممکن است که آن‌ها بتوانند هزینه‌ای را از مشتری خود دریافت کنند.

۲-۲ فرایند به دست آوردن سرمایه در داوری سرمایه‌گذاری

فرایند سرمایه‌گذاری شخص ثالث نسبتاً آسان است. یک مدعی، به‌طور مستقیم، یا از طریق مشاور خود یا یک واسطه معاملاتی، با امید تأمین مالی، اگر یک سرمایه‌گذار شخص ثالث درخواست می‌کند .این فرایند می‌تواند در هر مرحله از داوری یا قبل از ارسال شکایت اتفاق بیافتد.

اولین قدم برای هر دو طرف معامله این است که سند عدم افشای قرارداد را امضا کنند. از ملزومات این نوع سند این است که اطمینان حاصل شود که امتیاز منافع مشترک هر دو طرف معامله حفظ شود. در بعضی از حوزه‌های قضایی، تضمین می‌شود که هیچ‌گونه چشم‌پوشی صرف‌نظر از امتیاز وکیل مشتری یا پرداخت دستمزد به وکیل داده نمی‌شود. پس از ثبت سند، دو طرف آزاد هستند در مورد وسعت، پیچیدگی و ارزش پرونده بحث کنند.

سپس، مدعی، مشاور آن، یا واسطه شخص ثالث، یک پرونده تجاری با سرمایه‌گذار شخص ثالث منعقد می‌کند، و توضیح می‌دهند که چرا مدعی شایسته سرمایه‌گذاری است. در طول این فرایند، قبل از انعقاد هرگونه سند خاصی، درباره شرایط مالی مذاکره و توافق می‌شود.

در صورت موفقیت‌آمیز بودن صدور حکم، هم مبلغ سرمایه‌گذاری شده و هم درصدی از آن

۱- برای مثال، این ساختار می‌تواند در شرایطی که همان شرکت حقوقی به طور منظم، توسط شاکی علیه همان دولت خوانده استفاده می‌شود، به خوبی کار کند. یک مثال خوب از این نوع وضعیت، مجموعه ادعاهای اخیر انرژی خورشیدی است که ناشی از اقدامات مشابه علیه اسپانیا بر اساس معاهده منشور انرژی است.

For example, this structure could work well in situations where the same law firm is regularly used by the claimant against the same respondent State. A good example of this type of situation is the recent set of solar energy claims arising from the same measures brought against Spain pursuant to the Energy Charter Treaty

مبلغ باید به سرمایه‌گذار شخص ثالث داده شود، تحت تأثیر زمان لازم برای صدور حکم، ریسک‌های موجود (ازجمله ارزش واقعی حکم و انجام اقدامات موردنیاز) و مقدار مبلغ سرمایه‌گذاری، این ارقام تغییر می‌کند. تعیین درصد کلی داوری، به تأمین‌کننده شخص ثالث این اجازه می‌دهد تا آنجا که ممکن است با مدعی همگام و هماهنگ باشد تا برای بهترین نتیجه تلاش کند.

به‌محض امضای سند سرمایه‌گذاری، سرمایه‌گذار شخص ثالث با برآورد سود و مقدار سرمایه‌گذاری و همچنین راهنمایی مشاور خود، یک ارزیابی دقیق و با جزئیات از داوری انجام می‌دهد .در این فرایند، سند سرمایه‌گذاری داوری، مقدار هزینه پیشنهادی، نحوه ورود دو طرف به داوری برای حل‌وفصل دعوی، شرایط و ضوابطی که سرمایه‌گذار شخص ثالث می‌تواند

از پرونده خارج یا از آن منصرف شود، و همچنین گزارش دهی و به‌روزرسانی نیازهای مالی سرمایه‌گذار، وکلا و مشتری؛ مشخص می‌شود. مهم‌تر از همه، این سند یک توقف طولانی ایجاد می‌کند، که در این مدت‌زمان شخص ثالث تعیین می‌کند که آیا می‌تواند با این مقدار از سرمایه، تأمین کند و ادامه بدهد یا خیر.

عواملی که توسط سرمایه‌گذاران شخص ثالث در هنگام تصمیم‌گیری برای ادامه سرمایه‌گذاری موردتوجه قرار گرفته است، شامل این موارد است: ارزش و پیچیدگی مطالبه، مقدار سرمایه موردنیاز، احتمال موفقیت‌آمیز بودن داوری، حوزه قضایی که داوری در آن انجام می‌شود، نهاد داوری، سهولت اجرای حکم؛ مکان دارایی‌هایی که حکم باید برای آن‌ها ایجاد شود در تاریخ توقف طولانی پرونده، سرمایه‌گذار شخص ثالث به طرف مدعی اطلاع می‌دهد که آیا سرمایه شخص ثالث تأمین می‌شود یا خیر.

سرمایه را می‌توان از طریق راه‌های مختلفی تأمین کرد. برخی از سرمایه‌گذاران شخص ثالث سند جدیدی را برای تأمین سرمایه منعقد می‌کنند، درحالی‌که برخی دیگر با صدور اخطاریه‌ای، توجه به تأمین سرمایه توسط سرمایه‌گذاران شخص ثالث را الزام‌آور کرده‌اند .در کل، به‌ندرت پیش می‌آید که بیشتر از یک سرمایه‌گذار شخص ثالث درگیر یک پرونده شود .ممکن است در مواردی که سرمایه‌گذار به مقدار زیادی پول نیاز داشته باشد، بیش از یک سرمایه‌گذار شخص ثالث وارد پرونده شود، تا ریسک کمتر شود. در چنین شرایطی، لازم است برای برآورد بازده سرمایه‌گذاری و طبقه‌بندی آن و همچنین نظارت روزانه سرمایه‌گذاران بر مطالبه؛ یک سند بین سرمایه‌گذاران شخص ثالث منعقد شود.

۳-۲ مقررات فعلی سرمایه‌گذاری شخص ثالث در داوری بین‌المللی

سرمایه‌گذاری شخص ثالث باعث افزایش دید و درک جهانی شده است، استفاده از سرمایه‌گذار شخص ثالث توسط محکمه‌ها و دادگاه‌ها و حوزه‌های قضایی مختلف رشد زیادی داشته است، تا حدی که دادگاه داوری می‌تواند تصمیم بگیرد مقررات داخلی خود را در راستای قوانین داوری بین‌المللی اعمال کند؛ درست مانند هنگ کنگ و سنگاپور. به‌علاوه، ممکن است یک دادگاه داخلی تصمیم بگیرد که حکم داوری بین‌المللی را به رسمیت بشناسد، تأیید کند، اجرا کند یا لغو کند؛ یا اینکه می‌تواند طبق ماده پنجم قرارداد نیویورک، برای اجرای سیاست عمومی داخلی، مقررات خود را در مورد سرمایه‌گذاری شخص ثالث اعمال کند.

۴-۲ قراردادهای مربوط به سرمایه‌گذاری شخص ثالث در داوری سرمایه‌گذاری

اولین قرارداد مربوط به سرمایه‌گذاری شخص ثالث، قرارداد جامع تجاری و اقتصادی (CETA) است، که توسط کانادا و اتحادیه اروپا تصویب شده است.[۱] این قرارداد که مربوط به سرمایه‌گذاری شخص ثالث است، شامل مفاد زیر است:

ماده ۱، ۸: تعاریف

سرمایه‌گذاری شخص ثالث به معنای هرگونه بودجه ارائه شده توسط شخص حقیقی یا حقوقی است، که آن شخص طرف خوانده نیست. بلکه کسی است که با طرف مدعی وارد پرونده می‌شود، تا بخشی یا کل هزینه را تأمین کند؛ یا در ازای دریافت سود، با یک طرف پرونده توافق می‌کند.

.ماده ۸،۲۶ سرمایه‌گذار شخص ثالث

۱ در صورت استفاده از سرمایه‌گذار شخص ثالث، مدعی باید نام و مشخصات سرمایه‌گذار شخص ثالث را به طرف دیگر پرونده و دادگاه اعلام کند.

۲ شفاف‌سازی اطلاعات باید در زمان فرایند داوری انجام شود؛ اگر قرارداد مالی منعقد شود،

1- Canada-EU CETA

یا اینکه کمک مالی بعد از فرایند دعوی یا به‌محض انعقاد قرارداد انجام شود؛ در این زمان نیز باید شفاف‌سازی اطلاعات را انجام داد.

اتحادیه اروپا پیشنهاد کرده است در مشارکت‌های تجاری و سرمایه‌گذاری‌های اقیانوس اطلس و اطراف آن، مقررات سرمایه‌گذاری شخص ثالث مورداستفاده قرار گیرد، طرح پیشنهادی اتحادیه اروپا اساساً با طرح قرارداد جامع اقتصادی و تجاری یکسان است. پیش‌نویس طرح کنونی قرار داد تجارت آزاد اروپا و ویتنام، شامل تعریف مشابهی از سرمایه‌گذاری شخص ثالث است.[1] ماده ۱۱ قرارداد تجارت آزاد اتحادیه اروپا و ویتنام، مدتی را برای شفاف‌سازی اطلاعات تعیین، همچنین باید ماهیت سند سرمایه‌گذاری شفاف‌سازی شود. این فرایند مستلزم این است که دادگاه هنگام تصمیم‌گیری در مورد هزینه‌ها، اطمینان از تأمین آن‌ها و مقررات سرمایه‌گذاری شخص ثالث را نیز در نظر بگیرد.

۵-۲ سرمایه‌گذاری شخص ثالث و قوانین قابل‌اجرا در داوری سرمایه‌گذاری

شخص ثالث تنها کسانی نیستند که نام آن‌ها روی مدرک ثبت می‌شود، بلکه شامل افرادی که در دعوی قضایی از طریق استخدام مشاور فعالیت می‌کنند یا در هزینه‌های داوری سهیم هستند، یا کسانی که محق نظارت بر مسیر روند داوری هستند، نیز می‌شود. (Abu-Ghazaleh, et al 2009: 143)

وقتی به مسائل مربوط به قوانین حقوق بین‌الملل خصوصی (پی آی آل) می‌پردازیم، لازم است تا بین روابط مختلف و شناسایی قانون قابل‌اعمال به آن‌ها تمایز قائل شویم. (McLachlan et al. 2007: 60)

-قانون قابل‌اجرا با موضوع سرمایه‌گذاری در مرافعات (قانون حاکم بر دعوی): معاهده سرمایه، و قانون قابل‌اجرا در مورد خود قرارداد (تا حدی که به داوری سرمایه‌گذاری مربوط باشد).

-قانون منتخب در حوزه داوری بین‌الملل[2]؛ می‌تواند حد انتقال‌پذیری ادعای خسارت به یک

۱- توافقنامه تجارت آزاد بین اتحادیه اروپا و جمهوری سوسیالیستی ویتنام، (۲۰۱۶).

۲- آیین نامه رم ۱: «قانون حاکم بر ادعای واگذار شده یا جانشین، قابلیت واگذاری آن، رابطه بین انتقال گیرنده و مدیون، شرایطی که تحت آن می‌توان واگذاری یا جانشینی را علیه مدیون استناد کرد و اینکه آیا تعهدات بدهکار وجود دارد را تعیین می‌کند.

شخص ثالث را تعیین کند.

قانون حاکم بر توافق دعوی بین سرمایه‌گذار و دولت میزبان: معاهده سرمایه‌گذاری و یا قانون قابل‌اجرا در مورد

بخش موردتوافق از داوری.

- قانون قابل‌اجرا در مورد قرارداد تأمین مالی شخص ثالث بین مشتری و تأمین‌کننده شخص ثالث.

– قانون قابل‌اجرا برای قرارداد حقوقی خدمات (اجرت وکیل) که بین مدعی و وکیل مدافع/ وکیل پرونده منعقد می‌شود.

– قانون قابل‌اجرا برای اخلاق حرفه‌ای مشاور که توسط دادگاهی که مشاور عضو آن است تعیین می‌شود.

۳ شفاف‌سازی موقعیت سرمایه‌گذار شخص ثالث در داوری سرمایه‌گذاری

ممکن است دادگاه بین‌المللی سرمایه‌گذاری، به یک طرف دستور بدهد که اطلاعات سرمایه‌گذاری شخص ثالث خود را افشا کند. (Muhammad Cap et al, 2015) مطابق با قانون و مقررات بین‌المللی، یا در پاسخ به درخواست طرف مقابل (مثل استفاده از هزینه‌ها یا اطمینان از تأمین شدن هزینه‌ها)؛ دادگاه بین‌المللی طبق اختیارات قضایی خود، می‌تواند دستور شفاف‌سازی اطلاعات را صادر کند.(Kilim Inset, 2013)

همچنین ممکن است داوران بخواهند که هرگونه مغایرت مالی مربوط به سرمایه‌گذار شخص ثالث را بررسی کنند.[1] ممکن است قانون‌ها و مقررات، داوران را ملزم کنند که مغایرت در سود را بررسی کنند. با توجه به مقررات، ممکن است داوران بخواهند که اطلاعات دو طرف پرونده را شفاف‌سازی کنند. مقررات و وظایف وکلا و داوران که طبق قوانین بین‌المللی یا انجمن وکلا اجرا می‌شود نیز، ممکن است نیاز به شفاف‌سازی اطلاعات داشته باشند.

برخی از قراردادهای سرمایه‌گذاری، برای استفاده از فرایند حل اختلاف در قرارداد، طرف‌های

۱- دستور العمل IBA در مورد تضاد منافع.

تأمین شده را ملزم می‌کند که اطلاعات سرمایه‌گذار خود را افشا کنند.[۱]

به‌علاوه، بر اساس قوانین داوری، بسیاری از شرکت‌های سهامی عام موظف‌اند هرگونه معامله مادی را برای عموم مردم و سرمایه‌گذاران خود، افشا و شفاف‌سازی کنند. (Von Goeler, 2016:127) بسته به ماهیت قرارداد سرمایه‌گذاری، مشخص می‌شود که آیا نیاز است که یک شرکت سهامی عام، اطلاعات مربوط به قرارداد را شفاف‌سازی کند یا خیر.

سرانجام، طرف‌ها ممکن است تصمیم بگیرند برای تأثیرگذاری قابل‌توجه در فرایندهای بازپرداخت، اطلاعات سرمایه‌گذاری خود را برای طرف مقابل فاش و شفاف‌سازی کنند (Christophe BRABlet,2015:30)

افشاگری اطلاعات ممکن است توسط دادگاه، طرف‌های مدعی، مشاوران طرف‌ها، سازمان داوری، یک نهاد دولتی یا تلفیقی از اینها انجام شود. شفاف‌سازی شامل سند سرمایه‌گذاری، اطلاعات هویت و شماره تماس شخص سرمایه‌گذار، و شرایط فرعی قرارداد است؛ درحالی‌که بخش کمی از متن قرارداد سرمایه‌گذاری، مربوط به داوری یا ارزش و ماهیت آن است.

به‌احتمال‌زیاد درخواست برای شفاف‌سازی قرارداد سرمایه‌گذاری شخص ثالث در داوری‌های تجاری و سرمایه‌گذاری‌های بین‌المللی بیشتر می‌باشد؛ و ممکن است دادگاه‌ها تمایل بیشتری برای پذیرفتن چنین درخواست‌هایی داشته باشند. بااین‌حال، دادگاه‌ها باید اطمینان حاصل کنند که شفاف‌سازی سرمایه‌گذاری شخص ثالث، تأثیر منفی بر فرایند و اصل داوری نمی‌گذارد. به‌طور مثال، ممکن است طرفی که از لحاظ مالی تأمین نشده است، وسوسه شود که برای افشا و شفاف‌سازی اطلاعات، درخواست‌ها یا مدارک زیادی را به دادگاه ارائه دهد.[۲] به همان اندازه،

۱- به عنوان مثال، اتحادیه اروپا – FTA ویتنام، فصل. ۸؛ و فصل ۱۱

۲- اگر طرفی از بودجه دعوای طرف مقابل آگاه شود، ممکن است انگیزه‌ای ایجاد شود تا درخواست‌ها یا استدلال‌های تضعیف کننده‌ای را ایجاد کند تا این بودجه قبل از پایان پرونده تمام شود. داوری سرمایه‌گذاری – و به طور کلی داوری بین‌المللی – از طرفداری از چنین تاکتیک‌هایی که زمان و انرژی زیادی را صرف مبارزه با آن می‌کند، سودی نخواهد برد.

One can easily see that, if a party becomes aware of the other party's litiga tion budget, an incentive might be created to bring dilatory requests or arguments simply to exhaust that budget before the case is over. Cases abound where legitimate claimants threw the towel for budgetary reasons only. Investment arbitration - and international arbitration generally - would have nothing to gain from favoring such tactics, which it spends a great deal of time and energy fighting otherwise.

ممکن است طرف‌های تأمین شده مالی برای مقاومت در برابر افشاسازی و شفاف‌سازی اطلاعـات، از اظهارات محرمانه یا علنی استفاده کنند؛ اما درعـین‌حـال بـه دنبـال فشـار آوردن بـه طـرف تـأمین نشده، برای بازپرداخت و تسویه باشند؛ بنابراین، دادگاه‌ها باید نیاز به شفافیت و جلوگیری از تضـاد منافع طرفین را در مورد «سرمایه‌گذاری شخص ثالث و نتایج آن» بسنجند و ارزیابی کنند.

واقعیت این است که بیشتر دادگاه‌هایی که با سرمایه‌گذاری شخص ثالث روبرو می‌شوند، حتـی در حکم‌های کتبی خود نیز اشاره‌ای به سرمایه‌گذار نمی‌کننـد؛ در پرونـده‌هـایی کـه شـفاف‌سـازی سرمایه گزار شخص ثالث انجـام نمـی‌شـود، بـر پرونـده تـأثیر مـی‌گـذارد و ارزیـابی آن را دشـوار می‌کند؛ بنابراین، ممکن است یکی از این دو مورد (شفاف‌سازی کـردن یـا شـفاف‌سـازی نکـردن) اتفاق بیفتد. از یک سو، ممکن است سرمایه‌گذاری شخص ثالث در بیشـتر مـوارد محرمانـه باشـد و تأثیری در داوری‌های دادگاه نداشته باشد، زیرا آن‌ها حتی از وجود آن بی‌خبرند. اگر پرونده‌ای بـه این صورت باشـد، حـداقل بـرای اطمینـان از شناسـایی و مشـخص کـردن مغـایرت در سـودها؛ بـه شفاف‌سازی بیشتری نیاز است. از سوی دیگر، ممکن است کـه دادگـاه‌هـا کـاملاً آگـاه باشـند کـه سرمایه‌گذاری شخص ثالث در حال رایج شدن اسـت، امـا آن‌هـا مختـار هسـتند کـه سـرمایه‌گـذار شخص ثالث را نادیده بگیرند، یـا بـدون اینکـه صـراحتاً در حکـم خـود ذکـر کننـد آن را در نظـر بگیرند و از آن استفاده کنند.

۱-۳ شفافیت ارتباط داور، طرفین و مشاوران

در داوری سرمایه‌گذاری گرایش به انتصاب‌های نهادی و مسـتقل حـائز اهمیـت اسـت. بـدیهی است که داوران موظف به بی‌طرفی و استقلال در تصمیم‌گیری هستند و مسائل را به شیوه بی‌طرفانه و عادلانه تعیین می‌کنند. (معاهده ایکسید)[۱]

ازآنجاکه موفقیت داوری بین‌المللی تا حد زیادی وابسته به کیفیـت و رفتـار داورانـی اسـت کـه اختلافات و مشاجرات را می‌شنوند، باید از بروز اختلافات اخلاقی از طریق افشای تضادهای واقعـی و بالقوه منافع داوران با هر یک از طرفین، پیشگیری کرد..(Bolivar 2010:1)

۱- معاهده ICSID: داوران باید افرادی با شخصیت و صلاحیت اخلاقی بالا باشند که می‌توان بـرای اعمـال قضـاوت مسـتقل بـه آنها اعتماد کرد.

برای جلوگیری از اختلافات اخلاقی و تضمین بی‌طرفی و استقلال داوران، آن‌ها موظف به افشای روابط گذشته و حال خود که ممکن است مانع بی‌طرفی آن‌ها باشند و باعث تضاد منافع، و عدم استقلال آن‌ها بشوند، هستند. (Born 2009: 1479). برای مثال در بند ۱۱ از قوانین کمیسیون حقوق تجارت بین‌الملل سازمان ملل متحد (UNCITRAL)، وظیفه افشاسازی شرایطی که احتمالاً باعث ایجاد تردیدهای موجهی در مورد بی‌طرفی و استقلال داور می‌شود، قید شده است (قواعد UNCITRAL ۲۰۱۰ می‌گوید: «هنگامی‌که شخصی در رابطه با انتصاب احتمالی او به‌عنوان داور موردنظر قرار می‌گیرد، او باید هر شرایطی را که ممکن است باعث ایجاد تردیدهای موجه در مورد بی‌طرفی یا استقلال او شود، افشا کند. داور، از زمان انتصاب خود و در طول رسیدگی داوری، باید بدون تأخیر چنین شرایطی را برای طرفین و داوران دیگر افشا کند، مگر اینکه قبلاً توسط او از این شرایط مطلع شده باشند.»). مقررات مرکز حل‌وفصل اختلافات سرمایه‌گذاری (ایکسید) هیچ تعریف دقیقی از نوع رابطه‌ای که باید فاش شود یا مانع انتصاب داوری می‌شود، ارائه نکرده است.(Malintoppi 2008: 794) . علاوه بر این، قوانین پیش از (ایکسید) وجود روابط تجاری سابق بین داور و مشاور و مدعی را مجاز می‌داند، مگر اینکه به‌طور آشکاری مانع بی‌طرفی داور باشد.

"قوانین نرم" ابزارهای قوانین خودکار هستند که به‌منظور رسیدگی به ریسک‌های تضاد منافع و عدم تجانس اطلاعات طی فرایند تعیین و انتخاب داور، توسعه یافته‌اند. هدف این قوانین، اصول و "احکام" مورداستفاده در این حوزه، ایجاد تعادلی منصفانه بین افشای ارتباطات مربوطه و اجتناب از افشای بی‌پایان روابط بی‌ربط احتمالی است. علاوه براین، جهان داوری دنیای نسبتاً کوچکی است، و وکلا ممکن است به‌عنوان مشاور در یک پرونده و به‌عنوان داور در پرونده‌ای دیگر وارد عمل شوند. این تغییر در وظایف و موقعیت‌ها باعث می‌شود که پیدا کردن داوری که ارتباط مؤثری با هر یک از طرفین یا داورهای همکار در پرونده نداشته باشد، بسیار دشوار باشد.

اصول اخلاقی داوران در اختلاف‌های تجاری و ابزارهای خودتنظیمی ازجمله کد اخلاقی برای داوران دعوی‌های تجاری (IIA)/(IBA) ۲۰۰۴ و دستورالعمل‌های اتحادیه بین‌المللی وکلای دادگستری (IBA) درزمینه تضاد منافع در داوری بین‌المللی، به داوران راهنمایی‌های خاصی در مورد افشاسازی (عمل نجیبانه) ارائه می‌کنند.(Sheppard et al.2009:136) استانداردهای بین‌المللی (IBA) یک دانش عینی و سطحی از اطلاعات پرونده را به‌عنوان نقطه شروع در نظر می‌گیرد. اگر

فرد معقولی تردید موجهی در مورد بی‌طرفی و استقلال داور داشته باشد، داور باید بتواند شک ایجاد شده را رد کند.

(Moses 2008: 131) طبق دستورالعمل‌ها، مشارکت‌های قبلی داور در پرونده مانع انتصاب او خواهد بود مگر این که هر دو طرف به‌طور کامل موافقت خود را با انتصاب او اعلام کنند. حفظ پست مدیریتی، ریاست یا عضو هیئت نظارت یکی از طرفین، از موارد غیرقابل‌انکار تضاد منافع خواهد بود. علاوه براین، فهرست دستورالعمل‌ها، شرایط و حقایقی که داور باید آن‌ها را طی فرایند انتخاب خود افشا کند (مواردی همچون ارائه مشاوره قبلی به یکی از طرفین).

۲-۳ رویه قضایی شفاف‌سازی سرمایه‌گذاری شخص ثالث

چندین دادگاه بین‌المللی و داوری تجاری، سرمایه‌گذاری شخص ثالث را سنجیده و بررسی کرده‌اند .در برخی از پرونده‌ها، طرف تأمین شده مالی، به‌طور داوطلبانه و بدون هیچ مخالفتی اطلاعات سرمایه‌گذاری را شفاف‌سازی کرده است؛ مثل قرارداد شرکت" Oxus Gold. " (که در انگلستان است) با جمهوری ازبکستان،[1] که این قرارداد در سازمان قانون تجارت بین‌الملل (UNCITRAL) ثبت شده است؛ در این پرونده دادگاه اظهار کرد که سرمایه‌گذاری تأثیری در فرایند داوری نداشته است. به دلیل محرمانه بودن این اسناد، در بعضی مواقع افشاسازی این اطلاعات می‌تواند به‌عنوان اشتباه از طرف مقابل تلقی شود.
(von Goeler, 2013:126)

در بیشتر پرونده‌ها، دادگاه داوری دستور می‌دهد هویت سرمایه‌گذار شخص ثالث فاش شود، اما به‌ندرت پیش می‌آید که دستور دهد شرایط سرمایه‌گذاری فاش شود. برای مثال، یک داوری در مرکز بین‌المللی حل‌وفصل اختلافات سرمایه‌گذاری، برای فسخ قرارداد سرمایه‌گذاری بین شرکت تجهیزات و ماشین‌آلات نفتی (T&S) و رومانی شکل گرفت؛ این پرونده در دادگاه‌های ایالت متحده داوری شد، که مستلزم شروط سند سرمایه‌گذاری بود.

(Machinery, et al, 2012:481) در این پرونده، در مورد سند سرمایه‌گذاری و سرمایه‌گذار اختلاف‌نظر وجود داشت، به همین دلیل دادگاه پرداخت هزینه‌ها توسط شرکت نفتی (T&S)، را

1- Oxus Gold. Republic of Uzbekistan, UNCITRAL Arbitration Proceeding, (2015).

متوقف کرد. سرانجام دادگاه مرکز بین‌المللی حل‌وفصل اختلافات سرمایه‌گذاری، به دلیل عدم بازپرداخت، فرایند رسیدگی به این پرونده را خاتمه داد. در این پرونده، به دلیل اینکه سند سرمایه‌گذاری مورد مناقشه و اختلاف‌نظر بود، دادگاه تشخیص داد شروط این پرونده افشا و شفاف‌سازی شود.

به‌طورمعمول، سند سرمایه‌گذاری موردبحث و اختلاف قرار نمی‌گیرد، بنابراین ممکن است افشا کردن شروط آن لازم نباشد. برای مثال، پرونده شرکت" EuroGas " و شرکت " Belmont،"با جمهوری اسلواکی که در مرکز بین‌المللی حل‌وفصل اختلافات سرمایه‌گذاری ثبت شده، دادگاه برای بررسی تعارض و مغایرت منافع حقوقی، به طرف مدعی (شاکی) دستور داد تا هویت سرمایه‌گذار شخص ثالث خود را فاش کند، اما نیاز نبود که طرف مدعی شروط سند سرمایه‌گذاری را فاش کند.[1] در این پرونده، مدعی پیش‌ازاین فاش کرده بود که توسط یک سرمایه‌گذار لوکزامبورگی تأمین مالی شده است، اما تا زمانی که از طرف دادگاه دستور ابلاغ شود، مدعی هویت سرمایه‌گذار را فاش نکرده بود.

پرونده آقای Mohammet cap 2و آقای Sohil Inset، با شرکت turkmenistan tic art، که در مرکز بین‌المللی حل‌وفصل اختلافات سرمایه‌گذاری ثبت شده است؛ در این پرونده دادگاه به مدعی دستور می‌دهد تا هم هویت سرمایه‌گذار و هم شروط سند سرمایه‌گذاری را فاش کند.[2] در این فرایند، برای حفظ حقوق طرفین و بی‌نقص بودن فرایند داوری، دادگاه می‌تواند از اختیارات حقوقی خود استفاده کند. در آوریل ۲۰۱۴، ترکمنستان از دادگاه درخواست که به مدعی (شاکی) دستور دهد تا فاش کند که آیا از حمایت‌ها و پشتیبانی‌های سرمایه‌گذار شخص ثالث و شروط سند سرمایه‌گذاری استفاده کرده است یا خیر. دادگاه درخواست ترکمنستان را رد کرد؛ اما چندین دلیل وجود دارد که دادگاه می‌توانست دستور شفاف‌سازی سند سرمایه‌گذاری شخص ثالث را

۱EuroGas، شاکیان باید هویت سرمایه‌گذار شخص ثالث را افشا کنند و سرمایه‌گذار شخص ثالث تعهدات عادی محرمانه بودن را خواهد داشت.

See Euro Gas Inc. & Belmont Resources Inc. v. Slovak Republic, ICSID Case No ARB / 14/14, Transcript of the First Session and Hearing on Provisional Measures, 1453-4 (Mar. 17, 2015) ("We think that the Claimants should disclose the identity of the third - party funder, and that third - party funder will have the normal obligations of confidentiality.

2- Mohammet cap v.turkmenistan tic art

صادر کند:

الف) برای جلوگیری از تضاد و مغایرت منافع در حکم، به دلیل وجود سرمایه‌گذار شخص ثالث

ب) برای شفافیت و شناسایی طرف درست پرونده (طرفی که حق با اوست)؛

پ) برای اینکه دادگاه تصمیم عادلانه بگیرد که باید در پایان هر داوری چگونه هزینه‌ها را تقسیم کند؛

ت) اینکه درخواستی برای بررسی هزینه‌ها وجود داشته باشد؛

ث) اطمینان حاصل شود اطلاعات محرمانه‌ای که ممکن است در طول فرایند داوری منتشر می‌شود؛ به خاطر انگیزه‌های پنهانی برای طرف‌ها فاش نشوند. (Sohil Inset, 2015)

یک سال بعد، ترکمنستان برای اطمینان از عدم مناقشه با داوران و مشاوران پرونده، و اینکه آیا واقعاً ادعاهای طرف مدعی (شاکی) صحت دارد؛ مجدداً برای شفاف‌سازی، اطلاعات درخواست کرد.(Muhammet Çap v. Turkmenistan) برای مؤثر کردن درخواست مجدد، ترکمنستان استدلال‌هایی را طبق قانون ۷(الف) کانون وکلای بین‌المللی استناد کرد؛ که این استدلال‌ها راجع به تعارض و منافات منافع در داوری بین‌المللی بود، که در اکتبر ۲۰۱۴ به نتیجه رسید. همچنین ترکمنستان اظهار داشت به دلیل حضور سرمایه‌گذار شخص ثالث، در حال بررسی درخواست داوری و اطمینان از هزینه‌ها است. دادگاه تصمیم گرفت به دلایل زیر، درخواست مجدد ترکمنستان را بپذیرد:

اول، اهمیت اطمینان از درست بودن روند داوری و تعیین اینکه آیا حکم تحت تأثیر سرمایه‌گذار شخص ثالث قرار می‌گیرد یا خیر. بر این اساس، دادگاه معتقد است که در بعضی از پرونده‌های این‌چنینی، شفافیت وجود سرمایه‌گذار شخص ثالث مهم است.

دوم، مدعی اظهار کرده است که درخواستی را برای اطمینان از هزینه‌ها به دادگاه ارائه می‌دهد، هرچند هنوز چنین اتفاقی رخ نداده است؛ و مشخص نیست که چنین درخواستی در مورد چه مسائلی است، به‌طور مثال این درخواست می‌تواند شامل عدم توانایی طرف مقابل در پرداخت هزینه‌ها یا وجود سرمایه‌گذار شخص ثالث باشد .دو دلیل دیگر نیز وجود دارد که در تصمیم‌گیری دادگاه و نتیجه حکم تأثیر گذاشته است. طرف مدعیان وجود سرمایه‌گذار شخص ثالث را در این

داوری انکار کرده بود. به دلیل اینکه طرف مدعیان هرگونه واگذاری دارایی‌های خود به طرف مقابل را انکار می‌کرد. علاوه بر این، طرف شاکی ادعا کرده است حتی اگر بند مربوط به سرمایه‌گذاری را فسخ کرده باشد و سرمایه موردنیاز تأمین شده باشد؛ طرف مقابل هزینه‌ها را بازپرداخت نکرده است. درحالی‌که دادگاه درخواست ترکمنستان را قبول کرد، اما در مقررات خود مشخص نکرد که کدام‌یک از شروط سند باید فاش شود و کدام‌یک باید محرمانه بماند. هنوز مشخص نیست که این افشاگری‌ها چه تأثیری درنتیجه حکم گذاشته است. ونمی توان اطمینان داشت که با وجود ارائه اطلاعات توسط طرف مقابل و افشاگری، رأی دادگاه عادلانه خواهد بود یا خیر.

و همچنین در پرونده شرکت "Silver آمریکای جنوبی با کشور بولیوی"، که در دادگاه داوری بررسی شد، طرف خوانده (متهم) از دادگاه درخواست کرد که به طرف مدعی (شاکی) دستور دهد تا هویت سرمایه‌گذار و همچنین شروط قرارداد امضا شده با سرمایه‌گذار را فاش کند.[1] بولیوی در سال ۲۰۱۴ به مقررات کانون وکلای بین‌المللی استناد کرد؛ این مقررات بیان می‌کند که سرمایه‌گذار شخص ثالث و طرف تأمین شده مالی باید یکسان و برابر فرض شوند، تا وجود تعارض و مغایرت منافع بررسی شود، و اینکه طرف تأمین شده مالی، موظف است تا روابط بین سرمایه‌گذاران شخص ثالث و داوران را فاش کند. شرکت Silver آمریکای جنوبی (SAS)، در جواب به درخواست بولیوی، موافقت کرد تا هویت سرمایه‌گذار شخص ثالث خود را فاش کند اما اظهار کرد که شروط سند سرمایه‌گذاری این شرکت به موضوعات موردبحث و اختلاف در این داوری بی‌ربط است؛ و اینکه شروط سند محرمانه از لحاظ تجاری بسیار مهم است، و اگر دادگاه از شرکت Silver بخواهد مفاد و شروط سند سرمایه‌گذاری را فاش کند، شرکت Silver آمریکای جنوبی و سرمایه‌گذار متحمل ضرر خواهند شد.[2] در پایان، به‌منظور شفافیت پرونده، دادگاه تصمیم گرفت که دستور افشای هویت سرمایه‌گذار را صادر کند اما تشخیص داد که هیچ دلیلی برای افشای شروط سند سرمایه‌گذاری وجود ندارد.

1- South Am. Silver Ltd. V. Plurinational State of Bolivia, PCA Case No. 15, (2016).
2- South Am. Silver Ltd. Plurinational of Bolivia, PCA Case No. 2013 15. Claimant's Opposition to Bolivia's Request for Cautio Judicatum Solvi and Disclosure of Information. pp 38- 40 (2015).

٤ سرمایه‌گذاری عام‌المنفعه (غیرشخصی)

پرونده‌های فوق ذکر شده، شامل سرمایه‌گذاری شخص ثالث انتفاعی (شخصی) بوده‌اند. طبقه‌بندی جدیدی از سرمایه‌گذاری وجود دارد، که سرمایه‌گذاری غیرانتفاعی (Brabandere.et al, (2012): P 379- 382) یا سرمایه‌گذاری ایدئولوژیک نامیده می‌شوند. در درجه اول این سرمایه‌گذاران انگیزه دارند تا به جای سودآوری، نتیجه پرونده را تحت تأثیر قرار دهند، سابقه ایجاد کنند یا اینکه قانون را تغییر دهند؛ اگرچه چنین سرمایه‌گذارانی گاهی هم سود می‌برند. مشهورترین مثال برای چنین اسناد و پرونده‌هایی، حمایت مالی موسسه.Bloomberg . و موسسه کودکان بدون دخانیات به دولت اروگوئه در برابر شرکت بین‌المللی دخانیات Philip morris است؛ که این پرونده، در مرکز بین‌المللی حل‌وفصل اختلافات سرمایه‌گذاری ثبت و داوری شده است(Morris Brands Sàrl et al.) در این پرونده، شرکت بین‌المللی Philip morris در مورد برند

تجاری و برچسب‌های محصولات دخانی، مقررات ایالتی را به چالش کشید. Bloomberg et . (al, (2016)

.Bloomberg . انتظار بازپرداخت سرمایه خود را نداشت؛ در عوض این نهاد تلاش کرد تا به نتیجه قطعی در این پرونده برسد، یعنی رعایت قوانین اروگوئه در مورد بسته‌بندی دخانیات با هدف کاهش رواج سیگار کشیدن. با برداشتن این قدم روبه‌جلو، نهاد نیکوکاری بلومبرگ و نهاد بیل و ملیندا گیتس تحت قراردادهای تجاری و سرمایه‌گذاری، با ایجاد صندوق داوری تجارت ضد دخانیات برای کشورهای کم‌درآمد و با درآمد متوسط، که با شرکت‌های دخانیات درگیر هستند، با یکدیگر همکاری کردند.[۱]

پرونده "Quasar de Valor's " مثالی از یک پرونده سرمایه‌گذاری عام‌المنفعه غیرانتفاعی

۱- کمپین دخانیات - کودکان رایگان، بین المللی: صندوق جهانی جدید برای کمک به کشورها در دفاع از قوانین سیگار کشیدن، N.Y. TIMES (۲۰۱۵).

CAMPAIGN FOR TOBACCO - FREE KIDS, INTERNATIONAL:
Http: // global tobaccofreekids.org/end/about us/trade_litigation_fund/; Sabrina Tavernise, New Global Fund to Help Countries Defend Smoking Laws, N.Y. TIMES.(۲۰۱۵)

است. در این پرونده سرمایه‌گذار گروه "menatep limited "، سهامدار اکثریت سابق شرکت نفت روسیه‌ی yokous بود؛ menatep با سرمایه‌گذاری در پرونده "Quasar de Valor's ، در صدد ایجاد سابقه خوب بود به امید اینکه چنین سابقه‌ای در آینده بر اساس قرارداد امتیاز انرژی، برای مناقشات و اختلافات بزرگ‌تر سهامداران علیه روسیه اعمال شود و به کار بیاید.(Quasar de (Valor's SICAV S.A. et al

این پرونده باز هم نمونه دیگری از نوعی سرمایه‌گذاری نوظهور است که در آن سرمایه‌گذار شخص ثالث به جای اینکه به دنبال سود باشد، صرفاً به دنبال مقدار مشخصی درآمد از خدمات است. اگرچه مناتپ مطمئناً به دلایل مالی سرمایه این پرونده را تأمین می‌کرد، زیرا هدف آن سودآوری در آینده با استفاده از سابقه ایجاد شده در پرونده کازار والرس بود.

سرمایه‌گذاری غیرانتفاعی هنوز هم نادر است و مانند سایر روش‌های سرمایه‌گذاری شخص ثالث نامشخص و در هاله‌ای از ابهام است. بااین‌وجود، دلیل دستور افشا و شفاف‌سازی سرمایه‌گذاری غیرانتفاعی همان دلیل دستور افشای سرمایه‌گذاری انتفاعی است، حتی اگر برخی از چالش‌های منحصربه‌فرد وجود داشته باشد که هنوز به‌طور کامل آشکار و تجزیه‌وتحلیل نشده‌اند . علاوه بر این، بسیاری از سرمایه‌گذاران غیرانتفاعی و طرف‌هایی که از لحاظ مالی تأمین شده‌اند، تمایل دارند که داوطلبانه یا به‌طور علنی درگیر شدن در پرونده را اعلام کنند؛ شاید این کار برای جلب نظر افکار عمومی به نفع خود یا جذب منافع مالی برای طرف تأمین شده باشد. به‌علاوه، ممکن است سرمایه‌گذاری غیرانتفاعی گزینه مناسبی برای مدعی علیه‌ها در داوری بین‌المللی، به‌خصوص کشورهای مدعی علیه در داوری سرمایه‌گذاری باشد، زیرا معمولاً بازگشت سرمایه لازم نیست. ممکن است با گذشت زمان و با علنی شدن بیشتر این پرونده‌ها، ارزیابی تأثیر سرمایه‌گذاری غیرانتفاعی در داوری بین‌المللی آسان‌تر باشد. (Brabandere & Lepeltak: 379)

۵ تأثیر سرمایه‌گذاری شخص ثالث بر هزینه‌ها و قوانین تغییر هزینه

هزینه‌های انجام داوری تقریباً بالا است. (UNCTAD et al 2010: 17)هزینه‌های داوری شامل هزینه‌های اجرایی اداری نهادی، کارمزد داوران (ازجمله هزینه‌های تعهدات و فسخ) و هزینه‌های طرفین (نمایندگان قانونی، شاهدان، کارشناسان، هزینه‌های کسب‌وکار داخلی) می‌شود. روش‌های محاسبه کارمزد داور شامل "زمان صرف شده" (مثلاً هزینه‌های ساعتی یا روزانه بر

اساس معیار مرکز بین‌المللی حل‌وفصل اختلافات سرمایه‌گذاری (ICSID) یا دادگاه بین‌المللی داوری (ICC)، یا "بر اساس ارزش" (درصد ارزش دعوی) هستند.(Yannaca-Small et al 2010: 81)

در خصوص قوانین مرتبط با انتقال هزینه‌های قانونی به طرف مقابل، به‌طور پیش‌فرض حوزه قانونی محل داوری (قانون داوری) عامل تعیین کننده است..(Jagger 2010: 76) در داوری تجاری اروپا، قانون انگلیس (که به‌عنوان هزینه‌های پس از رویداد هم شناخته می‌شود) تا حدودی اعمال می‌شود. (Gotanda 1999: 5)شکل اصولی آن عبارت است از انتقال کامل هزینه‌های مشاوره و وکالت طرف غالب و هزینه‌های قانونی داوران به طرف بازنده. در حالت‌های معمولی‌تر اعمال این قانون، در دادگاه‌های عادی در برخی از حوزه‌های قضایی (مثلاً آلمان)، هزینه‌های طرف غالب طبق تعرفه‌های ثابت و یا درصدهای متناسب با میزان پیروزی ادعا، به طرف بازنده منتقل می‌شود. (Gotanda et al 1999: 6)سیستم داوری تجاری آمریکا مبتنی بر قانون آمریکا است، به این معنی که هر طرفی هزینه‌های قانونی خود را متقبل می‌شود، هرچند طرفین ممکن است با این روند موافق نباشند. (Born et al 2009: 2491)مدل‌های انتقال هزینه را می‌توان به شرح زیر ارائه داد:(Jackson 2009: 53)

قانون انگلیسی	طرف بازنده هزینه‌های خود و هزینه‌های طرف برنده را پرداخت می‌کند، تا جایی که این هزینه‌ها از نظر دادگاه داوری معقول باشند.
قانون آمریکایی	هر طرف هزینه‌های خود را می‌پردازد.
قانون آلمانی	طرف بازنده هزینه‌های خود و هزینه‌های طرف برنده را بر اساس یک درصد مشخص و/یا بر اساس میزان موفقیت ادعا می‌پردازد.

در داوری سرمایه‌گذاری بین‌المللی، قوانین انگلیسی و آمریکایی به‌طور متناوب استفاده می‌شوند و یک روند قطعی که به نفع یکی یا دیگری باشد هنوز مشخص نشده است (McLachlan et al. 2007: 346)

٦ سرمایه‌گذاری شخص ثالث و محاسبات مقدار آن

سرمایه‌گذار شخص ثالث با تعیین ارزش حکم، در مورد سرمایه‌گذاری روی پرونده تصمیم می‌گیرد. در پرونده‌هایی که سرمایه‌گذاری شخص ثالث آشکار است مدعی علیه یا دادگاه نباید در مورد خسارات استنباط و نتیجه‌گیری کند. در واقع، ممکن است دادگاه‌ها آگاهانه یا ناخودآگاه

پس از مطلع شدن از مشارکت سرمایه‌گذار شخص ثالث، در مورد ارزش‌ها و امتیازهای پرونده الزاماتی را ایجاد کند. برای مثال، یک دادگاه ممکن است فرض کند در مواردی که احتمال بازپرداخت خسارت کمتر است، تأمین مالی برای سرمایه‌گذار شخص ثالث غیرقابل انجام باشد. در واقع، تصمیم یک سرمایه‌گذار برای تأمین مالی یک پرونده مشخص، یک فرایند پیچیده است که شامل در نظر گرفتن جنبه‌های مختلفی می‌شود، ازجمله احتمال

موفقیت و تعیین میزان خسارت در طول فرایند دعوی قضایی، احتمال فرجام‌خواهی یا اجرای قانون، و بررسی اینکه آیا موضوع موارد دیگر مربوط به مسائل حقوقی است یا خیر.

در مقابل، در مواردی که دادگاه یا مدعی علیه تشخیص دهند که مدعی از سرمایه‌گذاری شخص ثالث منصرف شده است، ممکن است دادگاه نتیجه بگیرد که این پرونده از اساس ناقص است. در حقیقت، دلایل زیادی وجود دارد که ممکن است سرمایه‌گذار شخص ثالث یک پرونده خوب را رد کند. برای مثال، درصورتی‌که نسبت هزینه‌ها به سود احتمالی از نظر اقتصادی مقرون‌به‌صرفه نباشد و یا مدعی علیه اظهار کند ریسک این پرونده بالاست، سرمایه‌گذار نمی‌تواند سرمایه‌گذاری را توجیه و آن را قبول کند.

هنگام فراهم کردن شرایط مناسب برای سرمایه‌گذاری شخص ثالث، یک سرمایه‌گذار باید بتواند مقدار تقریبی خسارت حکم را برآورد و تعیین کند. به‌طورکلی این محاسبه مقدماتی، قبل از انعقاد قرارداد نهایی سرمایه‌گذاری حقوقی، و بدون استفاده از کارشناسان یا مشاور اضافی انجام می‌شود .به‌عنوان یک قاعده کلی، محاسبه اولیه بازده احتمالی یک مهارت است، مهارتی که هزینه‌های از دست رفته، الزام سرمایه‌گذاری، زمان صدور حکم و سهولت اجرای فرایند داوری همه در آن نقش دارند .به‌طورکلی، هر چه فرد یا شرکت بیشتری در پروژه‌ای سرمایه‌گذاری انجام دهد و از اسناد آن سرمایه‌گذاری پشتیبانی کند، قطعاً از نظر جبران خسارت بهتر عمل خواهند کرد و داوری سرمایه‌گذاری موفقیت‌آمیزتر خواهد بود. در واقع، دادگاه‌ها مایل نیستند صدها میلیون دلار را به سرمایه‌گذارانی که فقط بخشی از این مبلغ را سرمایه‌گذاری کرده‌اند اعطا کنند.[۱]

۱Tecnicas Medioambientales Tecmed، SA علیه ایالات متحده مکزیک، پرونده ICSID شماره ۲، جایزه، ص ۸۶ (۲۰۰۳) (با توجه به "تفاوت قابل توجهی در مبلغ پرداخت شده تحت پیشنهاد مناقصه برای دارایی‌های مربوط به محل دفن زباله ۴,۰۲۸,۷۸۸ دلار آمریکا – و تسکین درخواستی خواهان، به مبلغ ۵۲,۰۰۰,۰۰۰ دلار آمریکا...)؛ Wena Hotels Ltd.

حتی اگر همیشه در داوری از منافع و مقدار مبلغ اطمینانی وجود نداشته باشد، سرمایه‌گذاران با جستجوی پرونده‌هایی که پایدار و با ثبات هستند، با روش‌هایی میزان اهمیت آن پرونده را می‌سنجند، و دنبال کاهش ریسک هستند. صرف‌نظر از اینکه آیا پرونده‌ها به مصادره (سلب مالکیت)، نقض مقررات عادلانه یا ناعادلانه یا قوانین دیگر و همچنین هزینه‌های از دست رفته مربوط هستند، برای با ثبات بودن یک پرونده، لازم است ترکیبی از حکم‌های مستدل تصویب شود. در کل، پرونده‌هایی که بهترین عملکرد و نتیجه را دارند پرونده‌هایی هستند که مدعی مبلغ قابل‌توجهی را در کشور میزبان سرمایه‌گذاری کرده است، و تا حد زیادی در زمان داوری این پول در کشور سرمایه‌گذاری شده باشد (یعنی سرمایه‌گذار پولی از این پرونده بر ندارد). صرف‌نظر از ارزش و اهمیت پرونده، درصورتی‌که مدارک کافی در مورد هزینه‌های از دست رفته وجود نداشته باشد، بعید است که سرمایه‌گذار روی چنین پرونده‌ای سرمایه‌گذاری کند. دلیل این امر این است که دادگاه‌ها باید مبلغ سرمایه‌گذاری را تأیید کنند، ازجمله ماهیت، تاریخ و ارتباط آن‌ها با سرمایه‌گذاری. (Biloune & Marine Drive, 1990:211).

اکثر وکلای داوری و سرمایه‌گذاران شخص ثالث به هرگونه حکم با مقدار نامتناسب خسارت شک دارند. در ایالات‌متحده پرونده‌های سرمایه‌گذاری دوجانبه کمی وجود دارد که منجر به حکم‌های میلیاردی شود. عواملی که از ایجاد اختلافات جلوگیری می‌کنند و فرایند داوری را سریع‌تر و راحت‌تر می‌کنند. درنتیجه، برآورد خسارت توسط سرمایه‌گذار شخص ثالث ممکن است با برآورد کارشناس سرمایه‌گذاری تفاوت داشته باشد. در ابتدا، نظر سرمایه‌گذار شخص ثالث ممکن است منعکس‌کننده تفکراتی باشد که سرمایه‌گذار شخص ثالث در تصمیم برای تأمین مالی یک پرونده آن‌ها را لحاظ کرده است. دوم اینکه، در بیشتر گزارش‌های ارزیابی، یک

---

۷. درخواست برای سود از دست رفته و فرصت‌های از دست رفته با توجه به اختلاف زیاد بین مبلغ درخواستی (۴۵–۷ میلیون GBE) و سرمایه گذاری اعلام شده Wena در این دو هتل.

Tecnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. United Mexican States, ICSID Case No. 2, Award, p 86 (2003) (noting the "considerable difference in the amount paid under the tender offer for the assets related to the Landfill US $ 4,028,788 - and the relief sought by the Claimant, amounting to US $ 52,000,000 ...); Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB / 98/4. (Ruling that "the Tribunal is disinclined to grant Wena's request for lost profits and lost opportunities given the large disparity between the requested amount (GBE 45-7 million) and Wena's stated investment in the two hotels.

کارشناس با درج تمام عواملی که به‌طور منطقی که به‌طور منطقی در تأمین مالی مبلغ درخواست شده تأثیر دارند، به دنبال تصور بهترین نتیجه ممکن برای مدعی است. در واقع هیچ انگیزه‌ای برای ارزیابی و برآورد اشتباه از طرف خود کارشناس وجود ندارد زیرا به‌طورقطع دادگاه فرض می‌کند که کارشناسان همیشه خوش‌بین و مثبت اندیش اند و فقط به کسری از مبلغ حکم قانع‌اند.[1] از طرف دیگر یک سرمایه‌گذار شخص ثالث، هنگام ارزیابی و بررسی یک داوری، به دنبال رسیدن به مقدار حدودی مبلغ حاصل از حکم است تا تعیین کند که آیا پرونده ارزش سرمایه‌گذاری دارد یا خیر.

۷ توافق

مشارکت سرمایه‌گذار شخص ثالث به‌خودی‌خود نشان‌دهنده این نیست که پرونده سریع‌تر از فرایند عادی محاکمه حل‌وفصل می‌شود، یا بالعکس. بر اساس تجربه، احتمال تأثیر سرمایه‌گذار شخص ثالث بر توافق طرفین کم است، همان‌طور که به‌طورمعمول سرمایه‌گذار شخص ثالث پولی را تحت شروط سند سرمایه‌گذاری دریافت می‌کند، خواه خسارات وارده بر اساس حکم داوری پرداخت شود و یا در صورت توافق پرداخت شود. این امر را می‌توان با در نظر گرفتن مبلغ پیشنهادی توافق در مقابل وضعیت فعلی پرونده، متوجه شد. سه فرضیه اساسی وجود دارد که باید در نظر گرفته شود:

۱) پرونده در مسیر درستی قرار دارد و احتمالاً سرمایه‌گذار شخص ثالث و مدعی به‌طور قابل‌توجهی جبران خسارت می‌خواهند.

۲) پرونده از نظر منافع قوی است اما به دلیل خسارات به وجود آمده از ارزش آن کم می‌شود.

۳) به خاطر خسارت کنونی بعید است که پرونده موفقیت‌آمیز باشد یا برای شخصی قابل جبران باشد.

در هر فرضیه‌ای که پیشنهاد توافق مطابق با انتظارات فعلی باشد (یعنی ارزش تخمینی حکم)، انگیزه سرمایه‌گذار شخص ثالث برای پیش بردن توافق بیشتر می‌شود، و اگر مدعی مخالفت کند، ممکن است یک ارزیاب مستقل انتخاب و بکار گرفته شود. این احتمال وجود دارد که ارزیاب

۱-تحقیقات خسارت داوری بین المللی: کاهش شکاف بین مدعیان و پاسخ دهندگان (۲۰۱۵).

مستقل با نظر سرمایه‌گذار شخص ثالث موافق باشد که توافق بهترین تصمیم تجاری باشد. این امر هم برای سرمایه‌گذار و هم برای سرمایه‌گذار شخص ثالث حیاتی است؛ زیرا به آن‌ها اطمینان می‌دهد که بدون استفاده از ارزیاب مستقل، مجبور به انجام هرگونه توافق خود مختار نخواهند بود.

طبق فرضیه‌های ۱ و ۳(که بالاتر توضیح داده شد)، عدم توافق بین مدعی و سرمایه‌گذار بعید است زیرا برای همه طرف‌ها ازجمله وکلای مدعی، کاملاً واضح و مشهود خواهد بود که امید و دور نمای نتیجه حکم همچنان خوب خواهد ماند یا احتمال از دست رفتن آن وجود دارد. در فرضیه ۳، پیشنهاد "رها کردن پرونده"[1]، احتمالاً به جای از دست دادن سرمایه پس از نتیجه بد و نامطلوب برای مدعی و سرمایه‌گذار قابل‌قبول خواهد بود .در فرضیه ۲، عدم توافق محتمل‌تر به نظر می‌رسد، زیرا یک سند سرمایه‌گذاری معمول می‌تواند باعث شود تا سرمایه‌گذار حتی در صورت جبران جزئی و کوچک بیشتر مبلغ حکم را دریافت کند؛ اما این نوع پرونده یکی از پرونده‌هایی است که معمولاً سرمایه‌گذار از انتخاب آن اجتناب می‌کند، سرمایه‌گذار فقط پرونده‌هایی را انتخاب می‌کند که خسارت‌های مالی منطقی تحت شروط سند سرمایه‌گذاری داشته باشند و قابل جبران باشند.

۸ نتیجه‌گیری

پیشرفت‌ها و تغییرات اخیر در مقررات داخلی، سرمایه‌گذاری شخص ثالث را به‌طورکلی در رأس داوری بین‌المللی، و به‌ویژه در داوری سرمایه‌گذاری قرار داده است. سرمایه‌گذاری شخص ثالث از یک فرایند سرمایه‌گذاری به یک ابزار (روش) گسترده تأمین مالی مورداستفاده در داوری بین‌المللی تبدیل شده است.

سرمایه‌گذار شخص ثالث یک سرمایه‌گذار در حوزه دعوی ها و مطالبات مالی است که قبل از دادگاه یا دادگاه داوری عمل می‌کند. با مشارکت سرمایه‌گذار شخص ثالث، مدعی (مطالبه کننده) ممکن است منابع لازم را مورداستفاده قرار داده و در مرافعه یا داوری دعوی دخالت کند. در

۱- پیشنهاد "دست‌اندازی" به پیشنهادی اطلاق می‌شود که معمولاً توسط یک متهم به یک مدعی برای تسویه یک ادعا انجام می‌شود بر این اساس که هر یک از طرفین تمام هزینه‌های خود را پوشش می‌دهند.

عوض، به سرمایه‌گذار شخص ثالث وعده داده شده که اگر دعوی موفق باشد، بخشی از سود بـه او پرداخت شود و اگر دعوی موفق نباشد، سرمایه‌گذار سرمایه‌گذاری شخص ثالث، به جـای مـدعی، متحمل هزینه‌های مشارکت در دعوی و یا داوری شـود. مفهـوم و اصـول سـرمایه‌گـذاری شـخص ثالث همچنین به تحلیل مداخله محاکم در رابطه میان سـرمایه‌گـذار شـخص ثالـث و نیـز تخصـیص هزینه‌های داوری می‌پردازد؛ و به این نکته خواهد پرداخت که آیـا قـوانین شـفاف‌سـازی بـه‌منظـور تضمین رعایت اصل برابری هست یا نه.

برای مثال، در حال حاضر دولت‌ها مقرراتی را در قراردادهای سرمایه‌گـذاری و اسـناد تجـارت آزاد قرار داده‌اند که به افشا و شفاف‌سازی سرمایه‌گذاری شخص ثالث نیاز دارند.

علاوه بر ایـن، سـرمایه‌گـذاری غیرانتفـاعی (عـام‌المنفعـه) یـا ایـدئولوژیکی احتمـالاً در داوری سرمایه‌گذاری بیشتر رواج پیدا خواهند کرد، مخصوصاً با توجه به اینکه موضوعات سیاسـی در ایـن پرونده‌ها اغلب در سمت مدافع دخیل هستند.

داده‌های تجربی کمی در مورد پیامدهای رفتاری مشارکت سـرمایه‌گـذار شـخص ثالـث وجـود دارد، مجموعه‌ای از تحقیقات در مورد تأثیر سرمایه‌گذار شخص ثالث وجـود دارد کـه طبـق آن‌هـا می‌توان نتیجه گرفت، شخص ثالث به‌احتمال‌زیاد:

- ریسک شکست خوردن پرونده را بیشتر جلوه می‌دهـد و یـا همـه احتمـال‌هـای موفقیـت آن را فاش نمی‌کند.
- فقط بر دعاوی که مبلغ خسارت آن‌ها بالا است سرمایه‌گذاری می‌کند.
- ترجیح می‌دهد بر پرونده‌هایی که بازده بالایی خواهند داشت سـرمایه‌گـذاری کنـد؛ و بنـابراین ریسک متمرکزی را با ارزیابی پذیرش پرونده مدعی، از طریق بهینه‌سازی تلاش‌هـای خـود در بررسی به‌منظور به حداقل رساندن خطر انتخاب نامطلوب انجام می‌دهد..
- به اطلاعات ضروری مدعی بـرای ارزیـابی ارزش ادعـا دسترسـی خواهـد داشـت و بـا افـزودن بندهایی که ریسک ناشی از بررسی این اطلاعات را بر عهده مدعی خواهند گذاشـت، از بـروز اشتباه جلوگیری خواهد کرد.
- درصورتی‌که احساس کند افشاسازی این قرارداد ممکن است بـر تصـمیم داوران در خصـوص تعیین هزینه‌ها، خسارات، مقصر پرونده و احتمال بی‌توجهی قربانی تأثیر بگذارد، سعی می‌کنـد قرارداد شخص ثالث را محرمانه نگه دارد.

- اگر احساس کند مدعی یا وکیل او از یک استراتژی مناسب استفاده نمی‌کنند، ممکن است سعی کند استراتژی ادعا را کنترل کند.
- بر هزینه‌های مشاور حقوقی نظارت و آن را کنترل می‌کند (که احتمالاً شدیدترین حالت آن در قانون آمریکایی، سپس قانون آلمانی و درنهایت ضعیف‌ترین حالت آن تحت قانون انگلیسی رخ خواهد داد)

مدعی به‌احتمال‌زیاد:

- یک بار دیگر مزایا و معایب پیگیری قضایی را قبل از پذیرفتن یک قرارداد تأمین مالی شخص ثالث می‌سنجد.
- سعی می‌کند اطلاعاتی که باعث کاهش میل شخص ثالث به تأمین مالی پرونده می‌شود را برای او فاش نکند.

طرف پاسخگو به‌احتمال‌زیاد:

- در صورت آگاهی از وجود یک قرارداد تأمین مالی شخص ثالث؛ مبلغ بیشتری را برای حل فصل به مدعی پیشنهاد می‌دهد (عملکرد شخص ثالث به‌عنوان اهرم فشار)
- سعی در کشف اختلافات موجود بین مدعی و شخص ثالث به‌منظور به چالش کشیدن همکاری آن‌ها می‌کند.
- در پایان، احتمالاً روش‌های سرمایه‌گذاری شخص ثالث و انواع نهادهای ارائه‌دهنده آن در داوری بین‌المللی و داوری سرمایه‌گذاری به پیشرفت و گسترش خود ادامه می‌دهند.

Reference

[1] Aren Goldsmith & Lorenzo Melchionda, The ICC's Guidance Note on Disclosure and Third - Party Funding: A Step in the Right Direction (2016), http://kluwerarbitrationblog.com (2016) the-iccs-guidance-note-on-disclosure-and third- party-funding-a-step-in-the-right–direction.

[2] Biloune & Marine Drive Complex Ltd. v. Ghana Inv. Center & Gov't of Ghana, UNCITRAL Arbitration Proceeding, Award of Damages and Costs (1990), pp. 211- 223.

[3] Brabandere & Lepeltak, supra note 76, (2012). p 379.

[4] CAMPAIGN FOR TOBACCO - FREE KIDS, INTERNATIONAL: http: // global tobaccofreekids.org/en/about_us/trade_litigation_fund/; Sabrina Tavernise, New Global Fund to Help Countries Defend Smoking Laws, N.Y.

TIMES (2015).

[5] Campbell McLachlan, Laurence Shore and Matthew Weiniger, *International Investment Arbitration - Substantive Principles*, Oxford: Oxford University Press (2007).

[6] Eric De Brabandere & Julia Lepeltak, Third - Party Funding in International Investment Arbitration. (2012). P 379- 382

[7] EU Vietnam FTA, Ch. 8. Ch. 11. V. Turkmenistan, ICSID Case No. ARB / 12/6, Procedural Order No. 3 (2015) .pp 2, 11.

[8] Free Trade Agreement between the European Union and the Socialist Republic of Vietnam [hereinafter EU - Vietnam FTA], Ch. 8, Ch. 11 (2016).

[9] Honlet, supra note 44, (2015) p 708.

[10] IBA Guidelines on Conflicts of Interest, 13-4 (General Standard 6 (b), commentary (b)), 15-6 (General Standard 7 (a), commentary (a)).

[11] ICC Commission on Arbitration and Alternative Dispute Resolution, Commission Report: Decisions on Costs in International Arbitration (2015). https://iccwbo.org/publication/decisions-on-costs-in-international-arbitration-icc arbitration-and- adr -commission -report /.

[12] International bar Association, Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration, (2014). Pp5-14

[13] International Court of Arbitration, Note to Parties and Arbitral Tribunals on the Conduct of Arbitration Under the ICC Rules of Arbitration 24 (Mar. 1, 2017), https: //cdn.icewbo .org / content / uploads / sites / 3 / 2017/03 / ICC - Note - to - Parties - and - Arbitral - Tribunals - on the - Conduct - of - Arbitration.pdf

[14] J.H. McLaughlin, 'Litigation Funding: Charting a Legal and Ethical Course', 31 *Vt. L.Rev.* (2007).

[15] Jean - Christophe Honlet, Recent decisions on third - party funding in investment arbitration, (2015).p30.

[16] John Y. Gotanda, 'Awarding Costs and Attorneys' Fees in International Commercial Arbitrations', 21 *Michigan Journal of International Law* (1999).

[17] Jonas von Goeler, case X v. Y and Z (2012), p126, 2 LE CAHIERS DE L'ARBITRAGE (2013).pp 399 -416

[18] Katia Yannaca-Small, *Arbitration under international investment agreements: a guide to the key issues*, New York: Oxford University Press (2010).

[19] Kilim Inset Inhalant Hirakata Sanai ve Ticaret Anonim Şirketi v Turkmenistan, 1CSID Case No. ARB / 10/1, (2013).

[20] Michael R. Bloomberg and Matthew L. Myers, http: //www.tobaccofreekids.org/press releases / post / 2016_07_08_uruguay. (2016)

[21] Muhammad Cap & Sehil Inşaat Industry and Trade Ltd. Sti. V. Turkmenistan, ICSID Case No. ARB / 12/6, Decision on Respondent's Objection to Jurisdiction under Article VII (2) of the Turkey Turkmenistan Bilateral Investment Treaty, 50 (2014) (quoting Procedural Order No. 2, (2015). p 10.

[22] Muhammet Çap & Sehil Inşaat Industustri ve Ticaret Ltd. Sti. V. Turkmenistan, ICSID Case No. ARB / 12/6, (2015).P2.
[23] Oxus Gold; Republic of Uzbekistan, UNCITRAL Arbitration Proceeding, Final Award (2015).
[24] Philip Morris Brands Sàrl et al. V. Oriental Republic of Uruguay.
[25] Pricewaterhouse Coopers, International Arbitration damages research: Closing the gap between claimants and respondents (2015), https://www.pwc.com/sg/en
[26] Quasar de Valores SICAV S.A. et al. v. Russian Federation, (2012).
[27] Quasar de Valores SICAV SA.et al. V. The Russian Federation, SCC Arbitration No.24/2007, Award of (20July 2012).
[28] ROGERS, James. CIETAC Hong Kong consults on draft guidelines on Third-Party Funding. *KluwerArbitration* [online]. © (2018) Kluwer Law International, a Wolters Kluwer Company, published 13 August (2016), [cit. 5. 5. 2018]. Available at: http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2016/08/13/cietac-hong-kong-consultson-draftguidelinesonthirdpartyfunding/?_ga=2.194759534.2%E2%80%A6
[29] Rupert Jackson, *Review of Civil Litigation Costs - Preliminary Report*, London: (2009).
[30] S & T Oil Equipment & Machinery, Ltd. Et et al. v. Juridica Inv. Ltd. et al. , (2012) p 481.
[31] South Am. Silver Ltd. Plurinational of Bolivia, PCA Case No. 15. (2013) Claimant's Opposition to Bolivia's Request for Cautio Judicatum Solvi and Disclosure of Information. (2015). pp 38- 40
[32] Transatlantic Trade and Investment Partnership, European Commission proposed draft, ch. 11, pp 1- 8 (2015).
[33] VON GOELER, JONAS; THIRD - PARTY FUNDING IN INTERNATIONAL ARBITRATION AND ITS IMPACT ON PROCEDURE, (2016), p127.